V.

Ueber die nothwendigen Vorarbeiten zur Verwirklichung einer allgemeinen deutschen Gesetzgebung mit besonderer Beziehung auf die Bearbeitung eines allgemeinen Gesetzes über eheliche Güterrechte.

Von

Mittermaier.

Die Verhandlungen des Wechselcongresses in Leipzig sind beendigt; das Ergebniß war ein erfolgreiches Wirken, das Deutschland zu einem großen Schritte einer gemeinsamen Gesetzgebung führen wird und um so bedeutsamer ist, je mehr eben in diesem Rechtstheile das Bedürfniß einer Verständigung über gemeinsame Formvorschriften und leitende Grundsätze sich zeigt, wenn der an gewissen Landesgrenzen nicht gebundene Verkehr nicht empfindlich leiden soll. Schwerlich kann man einer neuerlich laut gewordenen Ansicht [1]) zustimmen, welche behauptet, daß durch ein solches gemeinsames Wechselrecht nur sehr Weniges geschehen wäre, da die Gewohnheiten diese Dinge vielleicht besser ausgeglichen hätten, als ein starres Gesetz. Man scheint dabei zu vergessen, daß eben im Laufe der Zeit die einst allgemeinen Gewohnheiten durch die Masse von höchst verschiedenen Landeswechselordnungen verdrängt wurden, und daß in den Staaten des Zollvereins selbst soviel Handelsgesetzbücher bestehen, die von ganz verschiedenen Ansichten, z. B. über Erfordernisse der Wechsel, über Indossement, über das Verhältniß eigener Wechsel ausgehen, daß nur mit Besorgniß der Kaufmann in

1) Roßhirt, Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht. VI. Bd. 2. Heft, S. 260.

Bremen einen Wechsel bezahlen kann, der in Köln ausgestellt, in Frankfurt, Leipzig, Berlin indossirt worden ist. Handelsgewohnheiten konnten dem Uebel nicht abhelfen.

Das Ergebniß der Berathungen der Leipziger Versammlung verdient um so mehr allgemeine Aufmerksamkeit, je mehr die Hoffnungen verstärkt worden, daß durch gemeinsames Zusammenwirken ein allgemeines Gesetzbuch für Deutschland zu Stande gebracht werden kann. Es kommt nur darauf an, sich über den Weg zu verständigen, auf welchem das Ziel zu erreichen ist. Wir bilden uns nicht ein, auf ein sogenanntes Naturrecht ein deutsches Gesetzbuch bauen zu können, weil wir überzeugt sind, daß bei der Gemeinsamkeit gewisser Rechtsideen und allgemeiner Rechtsforderungen jedes Volk sein Recht auf eine eigenthümliche, seinen Verhältnissen, Sitten und Bedürfnissen entsprechende Weise ausbildet und daß in Deutschland durch mannigfache auf die Rechtsbildung einwirkende Ursachen in den verschiedenen Ländern das Recht höchst verschiedenartig ausgebildet ist; die Bearbeiter eines allgemeinen Gesetzbuchs müssen ebenso den bisherigen Rechtszustand der verschiedenen deutschen Länder kennen, als sie zur Aufgabe ihrer Berathung die Erörterung der Fragen zu machen haben: ob nicht gewisse gemeinsame, wenn auch in Einzelnheiten verschieden sich ausprägende, Deutschland eigenthümliche Rechtsansichten sich auffinden lassen, ob nicht in der Fortbildung des Rechts die, wenn auch früher verschiedenen Culturstufen, Sitten und Bedürfnisse der einzelnen Rechtskreise allmählig so sich vereinigt haben, daß eine Zurückführung auf gewisse gemeinsame Rechtsansichten und Einrichtungen möglich wird, und wie vielleicht ein Ausweg gefunden werden kann, wie neben der allgemein vorgeschriebenen Anordnung die Entwickelung des Rechts dem Willen und der Selbstgesetzgebung der einzelnen Bürger zu überlassen ist.

Wenn es Ernst ist, eine allgemeine Gesetzgebung in Deutschland einzuführen, so bedarf es vor Allem einer Verständigung über zwei Punkte: 1) einer genügenden Sammlung von Vorarbeiten, von deren Dasein allein das Gelingen

der Gesetzgebung abhängt, 2) es bedarf eines zweckmäßigen Anfangs, und zwar des Versuchs der Codifikation mit einem einzelnen Rechtstheile, insbesondere mit einem solchen, bei dem das Bedürfniß am dringendsten und die Verständigung am ersten möglich ist.

Zur nothwendigen Vorarbeit rechnen wir eine möglichst vollständige Sammlung von Materialien, deren Kenntniß das wirklich in Deutschland bestehende Recht in seiner Anwendung, den Werth desselben und seine Wirkungen im Leben, die Ansichten des Volkes und die Ergebnisse richtiger wissenschaftlicher Forschungen lehrt.

Die Schwierigkeiten, das bestehende Recht kennen zu lernen, sind größer, als Viele sich vorstellen. Die Benützung von ein paar Lehr- oder Handbücher über römisches und deutsches Recht kann hiezu nicht genügen. So werthvoll viele Forschungen über römisches Recht sind, so wenig genügen sie doch dem Bedürfnisse desjenigen, der mit der Bearbeitung neuer Gesetze sich beschäftigt. Nicht dadurch, wie im römischen Rechte eine gewisse Lehre in den verschiedenen Zeiträumen sich fortgebildet hat, wie irgend ein römisches Fragment oder eine kaiserliche Verordnung auszulegen und in Einklang mit andern widersprechenden Stellen zu bringen ist, nicht durch eine Entwicklung der Ansicht eines noch so ausgezeichneten Kenners des römischen Rechts über eine römische Streitfrage wird das praktische Bedürfniß unseres heutigen Rechts und die für eine neue Gesetzgebung nöthige Vorarbeit geliefert.

Wir bedürfen anderer Materialien, als sie in der Regel bisher uns vorgelegt wurden. Die Vernachläßigung derselben liegt im Grund der Einseitigkeit des Rechtsstudiums eines großen Theils unserer jungen Männer, wenn sie in die Praxis treten; gewöhnt, nur römisch zu denken und die römische Rechtssammlung wie ein geltendes Gesetzbuch zu betrachten, halten sie in der Rechtsanwendung sich nur an die römische Stelle, als wenn mit dem römischen Rechtskörper die Rechtswelt abgeschlossen wäre und ein nationales Recht,

eine Fortbildung des Rechts nicht bestände. Ein dem Bedürfnisse entsprechendes Studium kann nur dann begründet sein, wenn bei der gründlichen Erkenntniß des römischen Rechts der junge Mann früh gewöhnt wird, den Geist der römischen Rechtsbildung und in jeder Lehre den Grundcharakter, der im römischen Recht die Lehre durchdringt, zu erforschen und zu prüfen, wie die Rechtsidee, welche einer gewissen Rechtslehre zu Grunde liegt, unter der Herrschaft gewisser socialer, sittlicher, politischer, ökonomischer Verhältnisse bei den Römern sich ausprägt, durch welche Rechtsanschauungen der Römer zur Aufstellung gewisser Rechtssätze gelangt ist, z. B. bei väterlicher Gewalt, bei der Ehe, bei der Ausbildung der Ansichten über Dienstbarkeiten und über Erbrecht. Gewöhnt sich früh der junge Mann bei dem römischen Rechtsstudium daran, auf diese Art den Geist der römischen Rechtsideen zu erforschen, so erhält er treffliche Anhaltspunkte für das Studium der vergleichenden Gesetzgebung, vorzüglich zur Vergleichung des römischen und des germanischen Elements der Rechtsbildung.

Unser heutiges Recht in Deutschland wie in den übrigen Staaten Europa's besteht aus zwei Theilen, dem römischen und dem deutschen. Ueber das Verhältniß der beiden besteht ein Grenzirrungsstreit. Für die Schlichtung desselben wurde durch die Germanistenversammlung in Lübeck Vieles gewonnen. Anerkannt wurde es, daß beide Rechtstheile zu einem Ganzen sich durchdringen müssen; darüber aber, wie diese Durchdringung geschehen muß, in welcher Stellung sich der Richter bei der Rechtsanwendung befindet, waltet noch vielfach eine Verschiedenheit der Ansichten ob. — Ehrenwerthe Kenner des römischen Rechts stellen gerne die Behauptung auf, daß für jeden Satz des römischen Rechts die Vermuthung seiner Gültigkeit in Deutschland spreche, so daß der Gegner, welcher die Gültigkeit bestreitet, beweisen muß, daß in dem Lande, von dessen Rechte die Rede ist, der Satz vermöge entgegenstehenden Landesgesetzes oder abweichender Gewohnheit nicht gültig sei. Auf diese Art setzen

sich die Romanisten in Besitz für ihr römisches Recht, und dem Germanisten, welcher die Anwendbarkeit des römischen Satzes läugnet, wird es schwer gemacht, seine Behauptung durchzuführen, da ein strenger Beweis des Daseins des entgegenstehenden deutschen Rechts nicht leicht zu führen ist, so daß in der Wirklichkeit häufig das nationale Recht nicht zum Siege kömmt. Behauptet man z. B. in einem Fall, wo eine noch unter Vormundschaft stehende minderjährige Frau sich verheirathet, daß durch die Ehe nach heutigem Rechte die Vormundschaft beendigt werde [2]), so sträubt sich dagegen der Lehrer des römischen Rechts, und da kein Beweis für die deutschrechtliche Ansicht geliefert werden kann, gelangt die römische Ansicht, obgleich im größten Widerspruche mit deutschen Rechtsanschauungen [3]), zum Siege.

Es ist zu beklagen, daß noch immer so viele Lehrer des römischen Rechts es verschmähen, die Geschichte der allmähligen Einführung des römischen Rechts in den germanischen Staaten und daher auch in Deutschland gründlich zu studiren. Sie würden bald finden, daß eine allgemeine Rezeption des römischen Rechts weder durch ein Reichsgesetz noch durch eine allgemeine Gewohnheit je erfolgte, daß selbst in Italien [4]), aus welchem bekanntlich das römische Recht nach Deutschland kam, das römische Recht nur als ein persönliches Recht fortdauerte, und als es immer mehr auf alle Bewohner sich verbreitete, durch longobardisches, daher germanisches Recht so vielfach modificirt wurde, daß noch im dreizehnten und selbst an manchen Orten im vierzehnten Jahrhundert in Italien neben dem römischen modificirten, für einzelne Klassen der Einwohner und für gewisse Rechtsverhältnisse geltenden

---

2) S. daher Glück Commentar XXXI. Bd. S. 155.

3) Francke im Archiv für civil. Praxis. XXVI. Bd. S. 404. Meine Grundſ. des deutschen Privatrechts. II. S. 490.

4) Ueber das Ergebniß der neuesten Forschungen in Italien in dieser Beziehung s. meinen Aufsatz in der Revue de legislation par Foelix. 1847. p. 554 et p. 844.

Recht das longobardische Recht fortbestand und immer mehr durch den Einfluß des germanischen Rechts, durch einheimische Sitten und Einrichtungen ein neues Recht sich ausbildete, das aus römischen und germanischen Elementen zusammengeflossen war, den italienischen Städtestatuten zu Grunde lag, von den Bearbeitern des Rechts in Italien als sogenanntes Gewohnheitsrecht im Gegensatze des neuen römischen Rechts angeführt und häufig auch als sogenanntes jus commune betrachtet wurde. Dies gemischte, also durch germanisches Recht und Sitten modificirte Recht ging durch die Benützung der Arbeiten der italienischen Juristen in andere Länder ebenso, wie in Deutschland über, wurde dort die Grundlage der Rechtsanwendung und wurde wieder durch die deutsche Wissenschaft und Rechtsübung fortgebildet. Auf diese Weise ist nicht nachzuweisen, daß je das römische Recht, ebenso wie es im justinianischen Rechtskörper uns vorliegt, als verbindliches Gesetzbuch in Deutschland eingeführt wurde. Schon im sechszehnten Jahrhunderte, wo noch nach den Zeugnissen der Rechtsgeschichte der einzelnen Länder nur langsam in den verschiedenen Rechtskreisen das römische Recht unter vielfachem Widerstreben Eingang erhielt, dachten das Kammergericht und andere höhere Landesgerichte, wenn sie auf römisches oder auf gemeines Recht sich beriefen, an das im Lauf der Zeit durch einheimische Einflüsse modificirte **deutschgewordene römische Recht**; es fehlte nicht, wenn auch Vereinigungspunkte für eine gemeinsame Fortbildung mangelten, an Mitteln dieser Fortbildung, deren Beachtung nicht vernachläßigt werden sollte. Die Pflege der Wissenschaft, welche die Rechtsübung befruchtete; die Sitte, Akten zum Spruche an Universitäten zu versenden, mit der freilich oft übel verstandenen und mangelhaft durchgeführten Sitte der deutschen Juristen, ihrer Behandlung des römischen Rechts die Darstellung des sogenannten usus modernus beizufügen, die Art der der kammergerichtlichen Einrichtung nachgebildeten Besetzung der Obergerichte, worin die sogenannte ungelehrte Bank die Repräsentanten des na-

tionalen einheimischen Rechts enthielt, gehörten zu diesen Vereinigungspunkten der Fortbildung des gemeinen Rechts. In jedem Lande und oft in den kleinsten Rechtskreisen unseres zersplitterten Deutschlands fand das römische Recht wieder auf eigenthümliche Weise Eingang, und wurde durch die Landesgesetzgebung und durch einheimische Gebräuche und Einrichtungen und durch die Gerichtshöfe fortgebildet. Eine geschichtliche Entwicklung dieser Ausbildung in jedem einzelnen Lande würde höchst belehrend sein und Materialien liefern, und durch verständig sichtende Vergleichung der Entwickelung der einzelnen Rechtslehren in den verschiedenen Ländern zur Erkenntniß des einheimischen Rechts und desjenigen, was aus dem römischen Rechte in das deutsche Rechtsleben überging, führen. Wie viele belehrende Nachrichten liefern uns darüber die Forschungen von Arnold [5]) nur über einen kleinen Theil der Rechtsquellen des Königreichs Bayern! Wie verschieden in Einzelnheiten und doch wieder für den Kenner des deutschen Rechts wie durch innere gemeinsame Gründe zu einer merkwürdigen Uebereinstimmung in gewissen Grundsätzen verbunden steht in den württembergischen Orten [6]) die Ausbildung des Statutarrechts da. Ueberall zeigt sich, wie der Kampf der Volksansichten mit den Ansichten der Romanisten sich aussprach, und der Ausgang nur von dem Zufalle, von der größeren oder geringeren Festigkeit, mit welcher die Bürger und die Gerichte einer Stadt den Versuchen der Romanisten, römisches Recht aufzudringen, sich widersetzten oder von der Uebermacht, welche der mit der Bearbeitung des Landesrechts beauftragte Jurist geltend machte, oder von dem Umstande, daß z. B. in Städten die Magistrate es dem Kredit der Bürger zuträglich fanden, wenn man an die Gültigkeit der allgemeinen Gütergemein-

5) Arnold, Beiträge zum deutschen Privatrechte. Ansbach 1840. 1841. II. Bd.

6) v. Wächter, Geschichte, Quellen und Literatur des württemb. Privatrechts. 2. Abth. S. 724—792.

schaft unter Ehegatten glaubte, — es abhing, welches eheliche Güterrecht Eingang fand.

Unentbehrlich zur Kenntniß des bestehenden Rechts ist die Erforschung, wie in jedem einzelnen Lande durch die Rechtsübung das Recht sich fortbildete. — Es ist ein sehr dankenswerthes Unternehmen des achtungswürdigen Seuffert, die Entscheidungen der obersten Gerichte der deutschen Staaten zu sammeln[7]). Wie anders würde es mit der Kenntniß und der Darstellung des Rechts, das als geltend in Vorlesungen und in Hand- und Lehrbüchern vorgetragen wird, wenn die Männer der Wissenschaft darauf mehr Rücksicht nehmen würden, was von den römischen Rechtssätzen in die Rechtsübung überging, wieviel von den Behauptungen der Schule in den Gerichten angenommen wurde, wie die Verbindung der römischen und der deutschen Rechtssätze geschah. Man würde eine treffliche Rechnungsprobe über das Gelehrte, was als Recht gelten soll, erhalten, wenn man die Entscheidungen aller Rechtssprüche der obersten Gerichte Deutschlands und der Spruchcollegien[8]) über einzelne Rechtsfragen sammelte, weil darin doch bessere Zeugnisse, als wenn man fünf oder sechs Schriftsteller als Gewährsmänner für eine gewisse Meinung anführt, für die in der Rechtsübung lebende Anerkennung der Wahrheit einer gewissen Ansicht liegen würden. Wir würden auf diese Weise zur Erkenntniß eines gemeinen Rechts in dem Sinne kommen, daß es alle diejenigen Rechtssätze[9]) umfaßt, welche, obwohl in den mannigfachen in Deutschland geltenden Rechtsquellen nicht

---

7) Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. München 1847. Bis jetzt 3 Hefte.

8) In dem Archiv für sächsische Juristen von Rehrhof v. Holderberg (Dresden) sind die Urtheilssprüche deutscher Spruchkollegien über eine merkwürdige Streitfrage gesammelt, z. B. I. Bd. 3. Heft, S. 211 &c. über die Zulässigkeit der Gemeindeglieder als Zeugen in Gemeindeprozessen.

9) Seuffert, S. V. des Vorworts zu obigem Archiv.

gleichmäßig ausgesprochen, doch ein Ergebniß der Ausprägung allgemeiner, überall zu Grunde liegender Rechtsbegriffe, ein Facit aus dem Rechnen mit diesen Rechtsbegriffen sind, welche als der Inhalt eines im ganzen Umfange deutschen Rechtslebens und deutscher Rechtsanwendung geltenden jus gentium germanicarum erscheinen.

Zur Vervollständigung der Materialien gehört auch eine noch immer mangelnde Sammlung der Rechtsgewohnheiten, und zwar sowohl der allgemeinen als an einzelnen Orten bestehenden. Sie sind um so wichtiger, als in vielen Rechtslehren, z. B. bei den Dienstbarkeiten, nur dürftige Bestimmungen in allen neuen Gesetzbüchern vorkommen, und selbst das französische Gesetzbuch sehr unpassend nur den römischen Bestimmungen folgt, die den schon vor Verbreitung des römischen Rechts in Deutschland begründeten und fortdauernd im Volke lebenden Ansichten über einzelne Dienstbarkeiten [10]), den landwirthschaftlichen Bedürfnissen so wenig als den Volkssitten entsprechen und über allgemein vorkommende Dienstbarkeiten ganz schweigen, z. B. über das Pflugrecht, Leiterrecht [11]), während die deutschen Gewohnheiten die herrlichste Quelle enthalten, z. B. über Licht- und Fensterrecht [12]). Andere Gewohnheiten lassen sich um so mehr auf nationale Rechtsanschauungen zurückführen, je mehr sie in dem Fortwirken der urdeutschen Vorstellungen ihren Grund haben, z. B. wegen des Ueberhangs der Früchte [13]), nicht schwierig ist es auch, zahlreiche, oft mit der Natur der Sache, mit alten Volksansichten zusammenhängende Gewohnheiten über das Benehmen der Contrahenten in gewissen Fällen, über

---

10) Wegen Zäuneanlegung, wegen der verschiedenen Wege, z. B. Leichenwege, Kirchwege.

11) Auch Anwenderecht genannt. Meine Grundsätze des deutschen Privatrechts. 7. Aufl. I. S. 474.

12) Mein Privatrecht I. S. 476.

13) Nachweisungen in meinem Privatrecht I. S. 466.

den Sinn gewisser gebrauchter Ausdrücke nachzuweisen [14]. Zu beklagen ist es, daß noch immer Urtheile gefällt werden, in welchen die Verfasser, von der irrigen Ansicht ausgehend, daß für alle römischen Sätze die Vermuthung ihrer Gültigkeit spreche, und daß das Gewohnheitsrecht nur jus singulare sei, der Parthei, welche sich auf eine Gewohnheit beruft, den Beweis derselben auflegen, statt der Pflicht des Richters gemäß, der das Recht aufsuchen soll selbst durch Prüfung der Volksansichten, der Natur der Sache, der Verhältnisse, die kein Bürger mißkennt, von dem Dasein des behaupteten Gewohnheitsrechts sich zu überzeugen, und den Partheien kostspielige, langdauernde Beweisführungen zu ersparen, die völlig überflüssig sind, wenn der Richter an die ihm naheliegenden reichhaltig fließenden Quellen der Gewohnheitsrechte Weisthümer, Ehehafts-, Flurordnungen u. a. sich hält.

Es ist unbegreiflich, wie noch so viel Juristen deutscher Länder, in denen das gemeine Recht gilt, ihre Pflicht mißkennen, selbst zu erforschen, mit welchen Modifikationen das römische Recht in die deutsche Rechtsübung überging, wie sie unbeachtet lassen können, daß das römische Recht nur durch Gewohnheit und so unterworfen allen Elementen, die das Gewohnheitsrecht erzeugen, in Deutschland Eingang fand und ein nationales Recht geworden ist. Unbezweifelt ist ein großer Theil römischer, den frühern deutschen Rechtsansichten widersprechender Rechtsinstitute allmählig so in das Volksleben übergegangen, daß der einfachste Landmann dies römische Institut kennt und weiß, daß er nach gewissen Formen sich richten muß, so in der Lehre von den Testamenten; eben so richtig ist es aber, daß eine sehr große Zahl römischer Rechtsinstitute und Sätze dem deutschen Rechtsleben völlig fremd geblieben sind, und daß weder eine Vorstellung davon dem Volke vorschwebt, noch durch ununterbrochene Rechts-

14) Z. B. in Bezug auf die Pferdemängel, wenn mit dem Zusatz verkauft wird: wie die Kette fällt. Mein Privatrecht II. S. 32.

übung anerkannt oder durch das Bedürfniß begründet ist. Wir nennen hier nur die Ansichten von der Stipulation [15]), von der Unterscheidung benannter und unbenannter Verträge; die römischen Sätze über auctoritatis interpositio des Vormunds [16]), die schon durch die im canonischen Rechte anerkannten Ansichten über das freie Vertretungsrecht durch Andere, wie durch die Fortdauer der deutschen Ansichten von dem Mundium unanwendbar wurden. Wir sind selbst überzeugt, daß die römischen Vorschriften über bonorum possessio keinen Eingang fanden, und durch unsere Stellung der Obrigkeit, durch die deutsche Ansicht, daß es auf gewisse Klagformen nicht mehr ankömmt, und durch das Dasein anderer Schutzmittel, die die deutsche Rechtsübung bietet, unnöthig wurden. Selbst da, wo im Allgemeinen ein römischer Rechtssatz zur Anwendung gekommen ist, z. B. in Bezug auf die Wirkung von Verträgen auf dritte Personen, die den Vertrag nicht schlossen, ist es bekannt, daß in der Rechtsübung schon nach römischen Andeutungen [17]), die man in Deutschland nur fortbildete, durch Bedürfniß und Sitten in manchen Rechtsverhältnissen [18]) eine Erweiterung der Ausnahmefälle [19]) und damit die Ansicht vorkömmt, daß der Vertrag für Dritte wirkt [20]), daß auch die Sitte früh an Auswege dachte, um dem Bedürfnisse zu Hülfe zu kommen [21]).

15) Mein Privatrecht §. 272.

16) Mein Privatrecht §. 425.

17) L. 19. Cod. de usuris.

18) Mein Privatrecht §. 272 Not. 9.

19) Neuere Fälle von Württemberg über diese Frage in Sarwey, Monatschrift für Justizpflege in Württemberg. XIII. S. 84—99.

20) Wir erinnern von vielen Beispielen nur an den Leibrentenvertrag, wenn z. B. zum Vortheil von seiner Ehefrau oder Kinder Jemand den Vertrag eingeht. Mein Privatrecht §. 301.

21) Z. B. bei den Eheverträgen, in denen häufig die Ehegatten auch für ihre Verwandten Vortheile bedingen, wo die Praktiker oft für den abwesenden Dritten den Gerichtsdiener den Vertrag unterzeichnen lassen.

Wir fragen Alle, welche den Stand unserer Literatur kennen, ob nicht für die Erörterung der Frage: wie weit römische Sätze in das deutsche Rechtsleben übergingen? am wenigsten geleistet ist.

Vor Allem beklagen wir den Mangel von Forschungen über die Verbindung römischer und deutscher Rechtseinrichtungen und Sätze. — Bei der Verbreitung des römischen Rechts in Deutschland wurden die mit den Volkssitten im Leben und den deutschen Verhältnissen wurzelnden Rechtsinstitute nicht plötzlich verdrängt; da das römische Recht nur durch Gewohnheit und nicht wie ein durch die gesetzgebende Gewalt vorgeschriebenes Gesetzbuch aufgenommen wurde, so mußte von selbst, eben weil die Rechtsanwendung und die Verbindung der neu bekannt gewordenen römischen und der tief gewurzelten deutschen Ansichten und Institute der Gewohnheit überlassen war, aus dem Kampfe der beiden Elemente ein neues Recht, und damit eine Modification der römischen Sätze entstehen. Das deutsche Rechtsinstitut, mit welchem das römische in Widerstreit kam, wurde nicht verdrängt, sondern erhielt sich, aber die strenge Durchführung des römischen Grundsatzes war nun nicht mehr möglich. Am meisten zeigt sich dies bei den ehelichen Güterrechten. Das System der Errungenschaft, genau zusammenhängend mit den deutschen bürgerlichen und sittlichen Verhältnissen, erhielt sich vielfach; damit wurde von selbst das römische Dotalrecht modificirt[22]; die Früchte der Dos konnten nun nicht mehr allein dem Ehemann gehören; neue Anschaffungen wurden während der Ehe gemacht; die Rechtsmeinung betrachtete sie als Errungenschaft; die Frage war nun: in welchem Verhältnisse dazu die Ehefrau stand, welche Verfügungsgewalt dem Ehemann in Bezug auf errungenschaftliche Güter einzuräumen war. Man ist oft schnell fertig mit der Erklärung, daß in einem Lande römisches Dotalrecht gelte; allein

22) S. darüber in Nachweisungen in meinen Grundsätzen des deutschen Privatrechts §. 408.

prüft man genauer die Ausbildung des Rechts in dem Lande, die ergangenen Rechtssprüche, so zeigt sich bald, daß wesentlich das römische Recht modificirt ist. Wie bedeutend tritt dies in den Ländern hervor, in welchen das eheliche Mundium und der eheliche Nießbrauch sich erhalten, z. B. in Sachsen. Es ist ein großer Irrthum, den Satz aufzustellen, daß dort das römische Dotalrecht gelte; selbst die Behauptung: daß ein gemischtes Dotalrecht bestehe, ist irrig [23]. Die Rechte des sächsischen Ehemanns am Vermögen der Ehefrau beruhen nur auf der ehelichen Vormundschaft, ohne Unterscheidung von Dotal- und Paraphernalvermögen [24], und die Vorschriften des römischen Rechts über Veräußerung des fundus dotalis sind wesentlich umgestaltet. Wo der eheliche Nießbrauch besteht, müssen aber auch andere römische Sätze völlig unanwendbar werden, z. B. über die Theilung der Früchte. Nur eine oft gedankenlose Anhänglichkeit an das römische Recht konnte die Juristen dazu bewegen, unbeachtet zu lassen, daß die römischen Grundsätze über Theilung der Früchte sich auf eine Stellung bezieht, welche von der des in Gemäßheit des ehelichen Mundiums handelnden und zum Nießbrauche am Vermögen der Ehefrau berechtigten sächsischen Ehemanns völlig verschieden ist [25]. Es ist unbegreiflich, wie man noch jetzt das Verhältniß der dos profectitia auch in Deutschland nach dem römischen Rechte beurtheilen kann und nicht erwägt, daß bei uns die Tochter durch die Ehe aus der väterlichen Gewalt tritt und daher emancipirt zu betrachten ist [26], so daß auch auf sie die Grundsätze des

---

23) Richtig Franke in diesem Archive. XXX. S. 312.

24) Eine gute Entwicklung von Heimbach in den jurist. Abhandl. und Rechtsfällen, herausgegeben von Ortloff, Heimbach, Schüler, Guyet. Jena 1847. I. S. 176.

25) Richtig entwickelt von Franke im Archiv. XXX. S. 313.

26) Gut entwickelt von Franke in diesem Archive. XXVI. S. 401.

römischen Rechts über Dos der emancipirten Tochter anzuwenden sind [27]).

Aehnliche Fragen kommen vor, wenn ein römischer Rechtssatz mit deutschrechtlichen Einrichtungen in Verbindung gebracht werden soll, z. B. wenn in einem Lande die gerichtliche Auflassung und Eintragung in öffentliche Bücher vorgeschrieben ist, und die Frage entsteht, ob derjenige, der Eigenthumserwerb beweisen will, außer der geschehenen Eintragung in das Buch noch die Uebertragung des Besitzes nachzuweisen schuldig ist [28]). Die Frage über die Verbindung römischer und deutscher Rechtsinstitute wird vorzüglich bedeutend, wenn ein in einem Lande fortdauernd gültiger deutscher Rechtssatz, z. B. Hand muß Hand wahren, ausgedehnt werden soll, z. B. bei der Frage, ob auch da, wo Jemand durch Untreue des Mandatars oder durch Unterschlagung von Seite desjenigen, dem er die Sache anvertraute, sie verlor, er die Eigenthumsklage brauchen kann [29]), oder ob da, wo ein Erbvertrag errichtet ist, die römischen Vorschriften über Einsetzung des Notherben im Testamente auch auf Einsetzung im Erbvertrage anwendbar sind [30]).

Wer in Richtercollegien lebte, weiß, welcher Kampf zwischen den sogenannten Romanisten und Germanisten da sich erhebt, wenn z. B. von der Erwerbung einer Dienstbarkeit durch Verjährung zum Vortheil einer Gemeinde in Verhältnissen die Rede ist, in denen die in Frage stehenden Rechte von den einzelnen Gemeindegliedern genossen werden, z. B. eine Beholzungsgerechtigkeit, wo es darauf ankömmt, durch die von den Einzelnen ausgeübten Besitzhandlungen die Ver-

---

27) Man erwäge die widerstreitenden Urtheile, die in einem hannoverschen Rechtsstreite über diese Frage ergangen sind, in der jurist. Zeitung für Hannover. 1846. I. Heft. S. 139. II. S. 4.

28) Mein Privatrecht §. 161 Not. 33.

29) Mein Privatrecht §. 154 Not. 12.

30) Mein Privatrecht §. 454 Not. 33.

31) Mein Privatrecht §. 171.

jährung zu begründen, und wo man nicht selten die von einzelnen universitatibus sprechenden römischen Stellen über Erwerb solcher Rechte[32]) und überhaupt die bei der römischen moralischen Person geltenden Vorschriften auf unsere Dorfgemeinden[33]) oder auf Genossenschaften mit Vermögensrechten, z. B. Klubbs für Lektüre, Singakademieen, landwirthschaftliche Vereine anwenden will[34]), z. B. etwa bei der Frage: ob bei Auflösung eines solchen Vereins das vorhandene Vermögen als bonum vacans von dem Fiskus eingezogen werden soll[35]).

Betrachtet man die deutsche Rechtsprechung eben über solche Lehren, in welchen es auf die Frage über Anwendung römischer Rechtssätze in Deutschland ankömmt, so macht sie, wenn solche Urtheile bekannt werden, bei den Bürgern oft einen traurigen, den deutschen Juristen nachtheiligen Eindruck, weil sie in Widerspruch mit den allgemeinen Rechtsvorstellungen des Volkes stehen. Wenn z. B. der Schuldner eines Mündels das von dem Vormunde ausgeliehene Kapital auch dem Vormunde, dem er regelmäßig die Zinsen

---

32) Ueber die Anwendung röm. Verhältnisse auf unsere Gemeinden s. Weiske, prakt. Untersuchungen auf dem Gebiete des einheim. Rechts. III. Heft. S. 167.

33) Unser Spruchcollegium hatte in einem uns vorliegenden Falle einstimmig die Unanwendbarkeit der römischen Stelle angenommen.

34) Es ist zu beklagen, daß der Begriff der Genossenschaft noch immer nicht recht gewürdigt wird. S. neuerlich viele wichtige Beiträge zur Erörterung in Beseler, Volksrecht, Juristenrecht S. 158, Beseler deutsches Privatrecht I. §. 71, und besonders Schüler in den jurist. Abhandlungen und Rechtsfällen I. S. 222—324. Die Bemerkungen von Thöl in seiner Streitschrift gegen Beseler sind nicht gering zu achten, obwohl zu viel darin über Worte und einzelne Ausdrücke von Beseler gestritten wird; ich bedaure, daß meine in den Verhandlungen der Germanisten in Frankfurt gedruckten Aeußerungen nicht treu niedergeschrieben und mitgetheilt wurden; auf jeden Fall dachte ich nicht daran, die wissenschaftlichen Leistungen des von mir hochgeschätzten langjährigen Freundes Thöl damals gering zu achten.

35) Gut Schüler a. O. S. 264 in Note.

brachte, heimzahlt und von ihm eine gehörige Quittung erhält, und später, da der Vormund die Summe nicht verrechnete, noch einmal belangt wird und wieder zahlen soll, weil man die von dem Vormunde allein ausgestellte Quittung nicht als genügend nach römischem Recht betrachtet, so bitten wir die Anhänger einer solchen Theorie, die noch jetzt der römischen Vorschrift folgen wollen, die Stimme der Erbitterung der Bürger über diese der allgemeinen Uebung widersprechende Ansicht des Volkes zu hören[36]. Wie sonderbar gestaltet sich die praesumtio Muciana in der Anwendung auf unsere Ehegatten und mit der Richtung, daß die Ehefrau durch strengen Beweis die Vermuthung widerlegen muß, nach welchem alles im Hause des Ehemanns und in dessen Gewahrsam Befindliche ihm gehöre[37]. Wie verschieden sind in unsern Gerichtshöfen die Ansichten über Wetten und die rechtlichen Wirkungen der Unmäßigkeit derselben daher, ob die unmäßige Wette ungültig sei oder von dem Gerichte ermäßigt werden könne[38].

Sollen für die Bearbeitung einer allen Bedürfnissen der Neuzeit entsprechenden Civilgesetzgebung die nöthigen Vorarbeiten geliefert werden, so bedarf es noch einer Sammlung von Erfahrungen über den Werth der bisherigen gesetzlichen Bestimmungen und über die Ansichten des Volkes. In dieser Beziehung bemerkt Jeder, der mit Gesetzgebungsarbeiten sich beschäftigt hat, eine große Lücke. Unsere Rechtswissenschaft hat nicht immer ihre Aufgabe gefaßt für die Förderung der Interessen der Gegenwart und für die Verbesse-

36) Urtheile, in denen die römische Vorschrift nicht für anwendbar erklärt wurde, aus Hannover, Braunschweig, Oldenburg s. in meinen Grunds. des deutschen Privatrechts §. 423 Not. 12.

37) Einen neueren Fall, worin das Gericht dieser praesumtio zwar mit Einschränkungen, aber doch noch zu viel Raum gab, in dem Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle in Sachsen. 1847. S. 379.

38) Das Letzte ist angenommen in württemb. Urtheilen in Sarwey, Monatschrift. XIII. S. 81, 101.

rung unserer Zustände thätig zu wirken. Noch immer wird zu viel Kraft zersplittert für nutzlose geschichtliche Forschungen, deren Werth Niemand verkennen wird, welcher überzeugt ist, daß die Gegenwart nur richtig gewürdigt werden kann, wenn man weiß, wie allmählig das Bestehende sich entwickelt und durch welche Wurzeln es mit anderen Verhältnissen und Einrichtungen zusammenhängt oder durch sie bedingt ist, während so viele rein der Liebhaberei an Alterthümern angehörige, zur Erklärung der Gegenwart auch nicht entfernt beitragende Forschungen bedauert werden können. Wir sind aber nicht gesonnen, das Verdammungsurtheil auszusprechen, das ein neuer geistreicher Jurist[39]) über die deutsche Rechtswissenschaft auszusprechen scheint. Wir beklagen seinen Weheruf, weil wir voraussehen, daß er willkommen sein und benützt werden wird ebenso von allen Feinden des Fortschritts, denen die Macht der Wissenschaft ein Gräuel ist, weil sie ihre Rückschrittsplane zerstört, wie von Allen, welche die Anstrengung hassen, die die Wissenschaft von ihren Priestern fordert, die vielmehr es bequemer finden, in hohlen Phrasen und gewissen Zauberwörtern der Mode über Alles zu schwätzen. Wir finden in jenem Drängen nach Schiedsmännern, in dem allgemeinen Verlangen nach Handelsgerichten und der Forderung der Geschwornengerichte, die auch wir in Straffachen wünschen, eine Unzufriedenheit des Volkes mit vielen Rechtssprüchen gelehrter Richter; aber wir dürfen nicht verkennen, daß diese Forderungen auf Rechnung der schiefen Stellung der Richter und der Einseitigkeit der Rechtswissenschaft zu setzen sind, wir wissen auch zu gut, wie wenig in England, in dem Lande, in dem das Geschwornengericht blüht, man alles Heil von dem sogenannten gesunden Menschenverstande hofft, wie vielmehr die Bürger wissen, wie wichtig für sie die Leitung durch die gelehrten Richter ist. Der Fluch, welchen der Verfasser der oben angeführten

39) Kirchmann (Staatsanwalt) in der Schrift: die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Berlin 1848.

Abhandlung über die Rechtswissenschaft ruft, mag jenen Juristen gelten, welche als Hofjuristen die Wissenschaft als gehorsame Dienerin brauchen, um Alles zu vertheidigen, was ihr hoher Herr will, und mit mystischen oder sophistischen Gründen Alles zu widerlegen verstehen, was nicht die Gunst von Oben hat, er mag jene Rechtswissenschaft treffen, für welche die Gegenwart mit ihren Forderungen nicht besteht, diejenigen, die nur in antiquarischen gelehrten Forschungen die Aufgabe ihres Lebens suchen, die den Geist der Vergangenheit nicht zwingen können, daß er ihnen Rede stehe, und alles Bestehende rühmen, blos weil es historisch geheiligt ist. Er mag Wehe rufen über diejenigen, denen mit der Römerwelt das Recht als geschlossen erscheint, und die keinen andern Maaßstab für das Vernünftige kennen, als den des römischen Rechts. Wehe aber rufen wir über denjenigen, der die Rechtswissenschaft selbst zerstören will, sie, die keiner Parthei dient, aber ihr Streben auf die Verbesserung richtet, sie, die von jeher den Vorurtheilen und der Tyrannei entgegentrat, sie, welche da, wo die Menge gleichgültig, unwissend oder ängstlich an dem Bestehenden festhält, das Unrecht und die Unvernunft angreift, Anfangs in kleinem heiligem Kreise der Geweihten wirkend, unverrückt ihre Stimme erhebt, bis immer mehr die Wahrheiten ein Gemeingut Aller werden und zur Anerkennung kommen, weil die Gegner nicht mehr wagen, sich der unangreifbaren Macht zu widersetzen. Die Rechtswissenschaft, wie sie uns vorschwebt, hat den Glauben an die Hexen, und damit die Hexenprozesse zerstört, die Folter verbannt, sie hat das Abschreckungsprinzip fallen machen, sie hat dem öffentlichen mündlichen Verfahren, den Geschwornengerichten die Bahn geöffnet, den Mißbrauch der Todesstrafe vermindert, sie wird dieser Strafart selbst den Todesstoß geben. Die Rechtswissenschaft war es, welche die Verhältnisse von Kirche und Staat, das Wesen der constitutionellen Monarchie erörterte, Irrthümer angriff, die Maske den Theorieen abriß, die schlau verdeckt Religions- und Gewissensfreiheit predigen und Zwang in der Sache

der Religion üben wollen; die Wissenschaft hat ihre Aufgabe in neuerer Zeit begriffen, das deutsche Recht zu Ehren zu bringen, die Natur deutscher Institute zu ergründen, die Forderungen des nationalen Rechts zu entwickeln. Hat die Wissenschaft noch nicht genug geleistet, sind noch immer viele Juristen nicht von der Heiligkeit ihrer Aufgabe durchdrungen, gegen Irrthümer zu kämpfen, für Fortschritte und Verbesserung unserer Zustände zu wirken, so greife man dies Stillstehen und die Einseitigkeit, nicht aber die Rechtswissenschaft selbst an. Nicht Tadel aber verdienen diejenigen Rechtslehrer, welche mit Gründlichkeit vorzugsweise das römische Recht erforschen, oder die ihre Arbeiten auf die Auslegung und Erörterung einzelner Gesetze ihres Vaterlandes beziehen; wir würden es im Interesse der Wissenschaft beklagen, wenn es nur solche Juristen geben würde; aber wir müssen anerkennen, daß, nachdem einmal das römische Recht ein Hauptelement unseres Rechts geworden ist und als Meisterwerk, als das Ergebniß der Feinheit ausgezeichneter Juristen des begabtesten Volkes, als unversiegbare Quelle von Rechtsbelehrungen und Vorbild scharfsinniger Zergliederungen des Rechts ewig bleiben wird, die Behandlung dieses Rechtstheils eine würdige Aufgabe von Juristen ebenso ist, wie auch die Wissenschaft es nicht verschmähen darf, die landesrechtlichen Vorschriften zu erörtern, auf Grundsätze zurückzuführen, nach den Forderungen des Vernunftrechts zu prüfen, mit dem gemeinen Rechte in Verbindung zu bringen und Irrthümer und Ungerechtigkeit des Partikularismus anzugreifen. Wir gestehen es, daß viele juristische Erörterungen nur durch die schlechte Fassung der Gesetze veranlaßt wurden, und beklagen die Juristen, daß sie ihre Kräfte für keinen besseren Gegenstand verwenden, aber auch hier muß man erkennen, daß die Wissenschaft am Platze ist, um zu hindern, daß nicht eben die schlechte Fassung, der Mangel inneren Zusammenhangs, die oft unverständige Willkühr in den Gesetzen einzelner Staaten noch verderblicher wirken. Wenn der Verfasser der Schrift über die Werthlosigkeit der Jurisprudenz

den Grund, aus welchem die Rechtswissenschaft so weit hinter den Naturwissenschaften zurück steht, darin findet, daß die erste die Veränderlichkeit des natürlichen Rechts zum Gegenstande hat, daß diese Beweglichkeit der Wissenschaft schadete, daß unsere deutsche Rechtswissenschaft mit einem ungeheuern Ballast, dem Studium der Vergangenheit, beladen sei, so liegt diesen Vorwürfen eine arge Verwechslung zum Grunde. Das Recht besteht bei jedem Volke aus zwei Theilen, dem ewigen, auf die menschliche Natur, die Forderungen der Gerechtigkeit, auf die Gesetze der Vernunft gebauten Rechte, und dem veränderlichen, durch die besonderen Verhältnisse, Bedürfnisse, Culturzustände und Charaktereigenthümlichkeiten eines Volks erzeugten Rechte. Eine erhabene Aufgabe ist dabei der Rechtswissenschaft geworden, die: jene ewigen Gesetze und Rechtsforderungen, die kein Gesetzgeber ungestraft verletzt, zu erforschen, in ihren Folgerungen zu zergliedern, zur Anerkennung zu bringen, den Stoff des Veränderlichen zu beherrschen, zu prüfen, wie am besten mit der geringsten Abweichung vom vernünftigen Rechte den eigenthümlichen Bedürfnissen eines Volkes sein Recht ausgebildet, Entartungen und in alle menschlichen Gebilde sich einschleichenden Mißbräuchen entgegengewirkt werden kann.

Wenn die deutsche Wissenschaft nicht immer diese Aufgabe begriffen hat, so trifft der Vorwurf nicht sie, sondern die einzelnen Juristen.

Wenden wir den Blick zurück auf die uns nothwendigen Vorarbeiten für die Gesetzgebung, so müssen wir gestehen, daß, ungeachtet der Gründlichkeit und Gelehrsamkeit deutscher Juristen, zu wenig für die Erforschung des ewigen Rechts, für Zergliederungen (ähnlich denen der Naturwissenschaften) der Natur des Rechts und einzelner Institute, für die Entwicklung des wahren nationalen Rechts für Erkenntniß der Mängel unserer Rechtszustände geleistet ist. Uns mangeln vorzüglich gewissenhaft und umsichtig veranstaltete Sammlungen von Erfahrungen über den Werth der bestehenden Vorschriften, ihre Wirksamkeit im Leben, über die Be-

dürfnisse und die Volksansichten. England dient hier als Vorbild. Ehe die Testamentsgesetzgebung geändert wurde, zog das Parlament oder die niedergesetzte Commission Erkundigung von Sachverständigen aus allen Klassen des Volks ein, vernahm sie selbst als Zeugen. Ueber die Einführung von öffentlichen Büchern zur Uebertragung des Grundeigenthums und Errichtung der Hypotheken, über die Verbesserung des Strafverfahrens und des Strafensystems liegen kostbare, von den niedergesetzten Commissionen gesammelte Erfahrungen vor, welche über die Mängel der bestehenden Einrichtungen, über die Ursachen derselben, über den Zusammenhang eines Instituts mit andern Einrichtungen belehren und zweckmäßige Vorschläge enthalten. Vor Allem mangeln uns Erfahrungen der Bürger als der eigentlichen Rechtsbedürftigen, derjenigen, an denen die Experimente des Gesetzgebers gemacht werden sollen. Wir haben alle Achtung vor den Berichten und Gutachten der Beamten über Gesetzesentwürfe, allein wir sind zu alt geworden und haben die Zustände in zu vielen Ländern kennen gelernt, um nicht zu wissen, mit welcher Ungunst die Aufforderung zu solchen Gutachten von einer großen Zahl der ohnehin durch die laufenden Geschäfte fast erdrückten Beamten aufgenommen und von wem sie (häufig von jungen Amtspraktikanten) bearbeitet werden. Unter dem Drucke der Geschäfte kann sich die zu solchen gesetzgeberischen Arbeiten erforderliche Stimmung des Geistes ebenso wenig ausbilden als die nöthige Ruhe gewonnen werden. Ohnehin ist der Beamte selten der Mann, der von seinem Standpunkte aus die Stimmen des Volkes und den Nachtheil einer Einrichtung im Leben beobachten kann. Es ist zweckmäßig, die Beamten zu hören, aber nicht weniger wichtig ist es, die Erfahrungen der Rechtssuchenden zu hören. Wir gestehen, daß dabei manches unverdaute Zeug, manche durch die Einseitigkeit der Auffassung oder durch Besonderheiten eines Falles veranlaßte ungeschickte Ansichten zum Vorschein kommen; allein der Gesetzgeber mag die Erfahrungen prüfen, die Ansichten vergleichen und benützen. Wie viel Herrliches

würde schon die Benützung der Civilstatistik liefern! Unsere Staatsmänner sammeln eine (gewöhnlich mit bewunderungswürdiger Genauigkeit verfaßte) Statistik über die Zahl aller Schafe und Kühe in einer Gemeinde ein, aber an die moralische Statistik denken sie selten. Die statistischen Tabellen der Civiljustiz von Frankreich, Belgien, Sardinien, Preußen, Oesterreich würden treffliches Material dem Gesetzgeber liefern, sie würden ihn lehren, in welchen Rechtstheilen am meisten Streitigkeiten vorkommen, und daher zeigen, daß die bestehenden Gesetze nicht gut gefaßt sind, oder überhaupt dem Bedürfnisse nicht entsprechen. Sie würden zeigen, daß manche Vorschriften sich nicht durchführen lassen, und gebieterisch das Bedürfniß Ausnahmen verlangt. Wir wollen z. B. nur an das im französischen Civilgesetzbuche Art. 162 vorkommende Verbot der Ehe zwischen Verschwägerten erinnern, so daß der Regent gar nicht dispensiren darf, wenn der Ehemann nach dem Tode seiner Frau die Schwester der letztern heirathen will. In Frankreich hat endlich das Gesetz vom 16. April 1832 die Dispensation eingeführt; die neueste Civilstatistik lehrt, daß seit dieser Zeit jährlich 545, im J. 1844 761, 1845 686 Dispensationen ertheilt wurden. In Belgien modificirt ein Dekret vom 28. Febr. 1831 ebenso das franz. Gesetzbuch, und nach den Tabellen sind von 1831 bis 1843 Dispensationen, 1216 für Männer, die ihre Schwägerinnen, und 276 für Frauen, die die Brüder ihrer verstorbenen Männer heiratheten, ertheilt worden. Solche Erscheinungen lehren das vorhandene Bedürfniß und die Unzweckmäßigkeit des absoluten Verbots, das nach den Zeugnissen der Erfahrung mit Unrecht darauf gebaut wird, daß sonst die Immoralität begünstigt würde.

Wir verweisen auf einen andern Gegenstand, den der Hypotheken, und die Frage: ob die gesetzlichen Pfandrechte der Frauen aufgehoben werden sollen. Unsere Juristen geben darüber Berichte Für und Wider; würde man die Bürger fragen, so würde man bald erfahren, daß in den Ländern, in denen solche Hypotheken bestehen, die Ehefrauen in schlim-

merer Lage sich befinden, da regelmäßig von den Gläubigern verlangt wird, daß die Ehefrau sammtverbindlich als Mitschuldnerin hafte, und dann die Ehemänner, welche Geld brauchen, jedes Mittel anwenden, um die Frau zur Uebernahme dieser Haftung zu bewegen; daß dadurch die Frauen in eine weit unangenehmere Lage kommen, leuchtet ein. Würde man die Erfahrung fragen, so würden aus den Gesetzbüchern manche Bestimmungen, z. B. über Dienstbarkeiten, verschwinden. Wenn z. B. der Code civil Art. 691 die sogenannten unständigen Dienstbarkeiten nicht durch Verjährung, selbst nicht durch unvordenkliche, erwerben läßt, so würde der Gesetzgeber bald erfahren, daß die Bürger eine solche Vorschrift im höchsten Grade mißbilligen, weil regelmäßig Streitigkeiten darüber veranlaßt werden, ob Verjährung bei einer gewissen Dienstbarkeit zulässig ist, da der einfache gesunde Sinn nicht die Unterscheidung von ständigen und unständigen Dienstbarkeiten begreift, und die Gründe die der Gesetzgeber und Schriftsteller für die Ausschließung der Verjährung bei den unständigen Dienstbarkeiten anführen, den Volksansichten und Bedürfnissen widersprechen. Ohnehin bahnt die Fassung des Gesetzes vielen Streitigkeiten den Weg, so, wenn es auf die Frage ankömmt, ob bei dem Wässerungsrechte die Dienstbarkeit als ständige oder unständige betrachtet werden soll. Wie bedeutend würde es sein, bei der Bearbeitung des Ehegesetzes über rechtliche Stellung der Ehegatten und eheliche Güterrechte die Erfahrungen zu sammeln. Die Vergleichung der verschiedenen Eheverträge, ob das System des Heirathguts, ob allgemeine Gütergemeinschaft, ob Errungenschaftsgemeinschaft in der Mehrzahl in einem Lande verabredet werden, würde ebenso von Bedeutung sein, als die Erforschung, inwieferne nach den Ergebnissen der Civiljustizstatistik Streitigkeiten der Ehegatten über die Vermögensbehandlung in dem Land häufig vorkommen, ob in den gegen Ehemänner ausgebrochenen Concursen oft große Verluste auch des Vermögens der Ehefrauen bemerkbar wurden. Es verdiente einer besondern Beachtung jener

Verhandlungen, in welchen die aus dem Volke gewählten Abgeordneten sich über die Frage erklärten, ob das System der allgemeinen Gütergemeinschaft unter Ehegatten als Regel eingeführt werden soll. Vor uns liegen aus neuerer Zeit die Verhandlungen der westphälischen Provinzialstände[40]) über einen von der Regierung vorgelegten Gesetzesentwurf, die Gütergemeinschaft betreffend. Sehr belehrend ist hier das Zeugniß, welches die Abgeordneten nach ihren Erfahrungen dem System der allgemeinen Gütergemeinschaft gaben, das sie für ein Hauptmittel der Erhaltung der Eintracht und des Friedens unter Ehegatten erklärten. Auf ähnliche Weise sollte der Gesetzgeber die Stimmen der Erfahrung in Bezug auf das System der rechtlichen Stellung der Ehegatten sammeln. Im Geiste des germanischen Rechts[41]) steht die Ehefrau unter der Vormundschaft ihres Ehemanns und bedarf der Ermächtigung desselben zur Vornahme wichtiger Geschäfte. Frägt man hier wieder die Stimme der Erfahrung, z. B. in den Ländern, in welchen das französische Recht gilt, nach welchem das germanische System des Mundiums als System der autorisation maritale vorkömmt, so überzeugt man sich bald, wie viel Verwicklungen im Leben dies System herbeiführt, wie groß in der Rechtsübung und Wissenschaft[42]) die Zahl der Streitfragen sind, in welchen Fällen die Ermächtigung nothwendig wird, wie häufig unter den Ehegatten ein tief den häuslichen Frieden untergrabender Streit über die Ermächtigung entsteht, welche der eigensinnige Ehemann verweigert, wie oft die Gerichte[43]) veranlaßt werden, die Ermächtigung zu ergänzen, weil die Ehefrau, die das Ge-

---

40) S. darüber Sommer in dem Archiv für preuß. Recht und Verfahren. XI. S. 291.

41) Mein Privatrecht §. 382.

42) Chardon traité des trois puissances, erster Theil, und Rodiere et Pont traité du contrat de mariage, vol. 1. pag. 528.

43) Nach dem franz. Code de procedure art. 861 ist ein eigenes Verfahren für diese Art Streitigkeiten vorgeschrieben.

schäft abschließen will, zu dem der Ehemann seine Zustimmung nicht geben will, an das Gericht sich wendet, um ermächtigt zu werden[44]. Man beachtet nicht genug die Lebensverhältnisse, nach welchen oft lange Zeit der Ehemann in Geschäften auf Reisen sich befindet und die Ehefrau allein alle häuslichen Geschäfte besorgt. Welche Täuschungen werden hier veranlaßt, wenn in der Folge derjenige, welcher im guten Glauben das Geschäft einging, sich gefallen lassen muß, daß wegen Mangels der Ermächtigung des Ehemanns der Vertrag umgestoßen wird.

Für die Erforschung, wie sich unsere Rechtseinrichtungen im Leben bewähren, wird auch in Bezug auf die Vormundschaft die Sammlung von Erfahrungen über die Wirksamkeit der Einrichtungen verschiedener Länder, z. B. des Familienrathes, wichtig. Die Verhandlungen der Ständeversammlung eines deutschen Landes über den Entwurf eines Civilgesetzbuchs, in welchen die Staatsregierung den in einem Theile dieses Landes geltenden Familienrath nicht aufnehmen wollte, sind eben nicht erfreulich. Es ist auffallend, daß man in Deutschland sich einer Einrichtung sträubt, welche in Frankreich entschieden bei dem Volke allgemeinen Anklang findet, und selbst in zwei Staaten Italiens, welche sonst die französische Gesetzgebung nicht günstig betrachten, in Sardinien und Toskana, wieder eingeführt worden ist. Niemand zweifelt, daß die französische Einrichtung verbessert werden kann, aber die Idee, worauf das Institut beruht, ist weise und entspricht allen Bedürfnissen. Warum sammelt man nicht die Materialien der Statistik in Bezug auf Rechtsstreitigkeiten, die durch den Familienrath veranlaßt sind, warum

---

44) Nach der neuesten Civiljustizstatistik Frankreichs von 184[illegible] p. 100 wurden 1845 an die Gerichte erster Instauz 2303 Streitigkeiten wegen Ermächtigung der Ehefrau gebracht.

45) Eine Reihe kostbarer Materialien für den Gesetzgeber im Vormundschaftsrechte liefern die Jahresberichte der schweiz. Kantone über den Gang der Rechtspflege.

fragt man nicht, ob erweislich da, wo das Institut besteht, die Interessen der Mündel beeinträchtigt worden sind, und erforscht die Ursachen, aus welchen Nachtheile im einzelnen Falle entstanden. Warum vernimmt man nicht die Bürger über die Volksansichten in Bezug auf Familienrath?

Es ist nicht schwierig, nachzuweisen, daß noch überall dem Gesetzgeber die Vorarbeiten in der bisher bezeichneten Richtung fehlen und wir noch weit davon entfernt sind, ein Gesetzbuch zu erhalten, das auf Volksrecht gebaut ist.

Auch in einer andern Beziehung mangelt uns noch eine wichtige, für das Gedeihen einer neuen Civilgesetzgebung wesentliche Vorarbeit. Niemand kann verkennen, daß für die Gesetzgebungskunst in Civilsachen weit weniger als für die Strafgesetzgebung geleistet ist. Mit ein paar in den Lehrbüchern der Rechtsphilosophie hingeworfenen, wenn auch geistreichen Bemerkungen ist es nicht gethan. Die meisten kostbaren Materialien für diesen wichtigen Rechtstheil findet man noch in den Arbeiten der Franzosen über ihr Civilgesetzbuch, in den Motiven, den Gutachten der Gerichtshöfe, in den Verhandlungen über das Gesetzbuch und in einigen neuen Arbeiten, z. B. von Troplong, insbesondere in der neuesten Arbeit über Eherecht von Rodiere und Pont[46]. Von den deutschen Werken verdienen vorzüglich das gehaltvolle Werk von Bornemann[47], über das preußische Civilrecht, und mehrere Schriften von Koch[48] eine Beachtung; Bornemann hat insbesondere die bei den Berathungen über das preußische Landrecht vorgekommenen Entwicklungen von Suarez mitgetheilt und auf eine geistreiche und praktische Weise zergliedert. Vergleicht man die neueren Gesetzgebungsarbeiten, so bemerkt man schon den verderblichen Ein-

---

46) Rodiere et Pont traité du contrat de mariage et des droits respectifs des epoux. Paris 1847. 2 vol.

47) Bornemann, systemat. Darstellung des preuß. Civilrechts, zweite Auflage. Berlin 1842. 6 Bde.

48) Z. B. über das preuß. Obligationsrecht.

fluß des Mangels einer klaren Einsicht in das Verhältniß des römischen und deutschen Rechts, und die vorwaltende Anhänglichkeit an das Erste, so daß im Kampfe der Ansichten bei legislativen Berathungen die römische, lieb gewordene, in Fleisch und Blut übergegangene Ansicht häufig das Uebergewicht erhält. Das Studium der legislativen Verhandlungen über das französische Gesetzbuch lehrt, wie häufig die Vertheidiger der römischen Rechtsansichten (vorzüglich der Juristen aus Ländern des droit écrit) den Sieg gegen die Anhänger des sogenannten droit coutumier, also gegen die germanische Ansicht, davon trugen. Unfehlbar würde das französische Civilgesetzbuch noch besser sein, wenn nicht so häufig die Freunde des römischen Rechts gesiegt hätten (man denke an die gesetzlichen und an die allgemeinen Pfandrechte des Code civil), oder da, wo zwar das germanische Prinzip siegte, z. B. im Erbrechte, die folgerichtige Durchführung durch das Hereinziehen römischer Säze verdorben worden wäre. Man begreift es, wie der Charakter einer scharfen Durchbildung des Rechtsstoffs von einem der begabtesten Völker der Welt, die Vollständigkeit und der Reichthum an Entscheidungen aller möglichen Fälle, das ehrwürdige Alter eines Rechts, das seit mehr als einem Jahrtausend mehr oder minder die ganze Rechtsbildung aller Völker Europa's durchdrang, der Umstand, daß der gesammte Rechtsstoff in einem Rechtskörper als Quelle gehäuft ist, und die Vorliebe der Juristen für ein Recht, das sie fast ausschließend auf Universitäten betreiben, die Uebermacht des römischen Rechtselements auch bei gesetzgeberischen Verhandlungen um so mehr bewirken, als die Mehrzahl der deutschen Juristen nur römisch denken gelernt hat und das deutsche Rechtselement leider selten kennt. Das deutsche Recht konnte auf den Kampfplatz nur wenige Freunde führen; da keine geschlossene Rechtsquelle vorlag, da man den Geist nicht verstand, der bei der scheinbar höchsten Verschiedenheit von Ortsrechten das deutsche Recht durchdrang, so bestritt man selbst diesem Rechte den Character eines gemeinen Rechts. Selbst den Vorzug

der Nationalität konnte es im Kampfe nicht geltend machen, da aus dem Volke die nationale Rechtsanschauung verschwunden war, und durch die an das römische Recht gebannte Rechtsübung, durch die Heimlichkeit der Rechtspflege in dem Volke weder das Interesse an seinem einheimischen Rechte noch die Kenntniß desselben erhalten wurde.

Um ein gutes, den gegenwärtigen einheimischen Bedürfnissen entsprechendes Gesetzbuch zu Stande zu bringen, bedarf es daher erst der Vorarbeit, um den Rechtsstoff, den Werth desselben für das Leben und die Zweckmäßigkeit einzelner Rechtseinrichtungen zu prüfen. Dies bezieht sich schon auf die aus dem römischen Rechte in Deutschland eingebürgerten Einrichtungen. Hier ist noch am wenigsten geleistet. Viele unserer Juristen haben sich gewöhnt, die mühsam und ausschließlich angeeigneten römischen Institute für so weise zu halten, daß gar kein Zweifel aufsteigt, ob sie Beibehaltung verdienen. So bedarf es der Prüfung, ob die römische Ansicht, daß kein Testament ohne Erbeseinsetzung gelte, beibehalten werden soll, oder die germanische, auch in den neuesten Gesetzbüchern wieder aufgenommene Ansicht den Vorzug verdient, nach welchem im Erbrecht der römische Grundsatz nemo pro parte testatus keine Anwendung findet, und das Testament gar keine wahre Erbeseinsetzung enthält. Es wird sich bald aus der Prüfung der, wenn auch oft nur dunkel vorschwebenden Volksansichten ergeben, daß nicht selten diejenigen, welche ihren letzten Willen aussprechen wollen, gar nicht daran denken, im Testamente über das, was ihre Intestaterben erhalten sollen, zu verfügen. In das Volksrechtsbewußtsein ist weder der Grund, aus welchem das römische Recht zu seiner Ansicht von dem Testamente, noch der römische Unterschied von Testament und Codicill übergegangen[50].

49) Mein Privatrecht §. 434. 460.

50) Es ist interessant, daß auch in der Rechtssprache der Statute Italiens zwar die Unterscheidung testamento e codicillo vorkömmt, aber in einem andern Sinn als im römischen Recht. In Venedig gehörte

Da, wo noch vielerlei Vermögensmassen, z. B. Lehen und Familienfideikommisse oder unter Landleuten Erbzinsgüter, Erbpachtgüter u. A. vorkommen, bei denen besondere Erbfolgeordnung einträte, schwebt ohnehin die Idee von einer Vermögenseinheit, wie sie die römischen Ansichten erzeugte, unserem Volke nicht vor. — Auf ähnliche Weise verdient bei der Aufhebung der väterlichen Gewalt es einer genauen Erwägung, welches der verschiedenen Systeme anzunehmen sei, 1) das römische, nach welchem die väterliche Gewalt durch einen rein von dem Willen des Vaters abhängigen Akt (emancipatio) aufgehoben wird, 2) das System des deutschen Rechts, nach welchem durch abgesonderten Haushalt des Sohns oder Ehe der Tochter die Gewalt beendigt wird, 3) das im französischen Gesetzbuche zum Grunde liegende System, das mit einem bestimmten Jahre, welches die Großjährigkeit begründet, auch die Aufhebung der väterlichen Gewalt eintreten läßt. Vergleicht man die Erfahrungen, so ist wohl nicht zu bezweifeln, daß die römische Ansicht in das germanische Rechtsleben nicht übergegangen ist, und mit den deutschen Ansichten[51]) von dem väterlichen Verhältnisse, das nur uneigentlich eine Gewalt genannt werden kann, im Widerspruche stehen würde, auch durch die Rechtsübung und das Bedürfniß nicht begründet wird, da nur höchst selten einem Praktiker Fälle vorkommen werden, in welchen der Vater seinen Sohn aus der Gewalt entläßt. Das deutsche System ist zwar am meisten im Einklang mit der im Volke lebenden Ansicht von dem Mundium. Die Aufhebung der Gewalt durch Ehe der Tochter rechtfertigt sich[52]) insbesondere dadurch, daß die Ehefrau in den Schutz ihres Ehemanns übergeht und an

---

zum Testamente keine Erbeinsetzung, testamento hieß jeder letzte Willensakt, wenn er der erste und Hauptakt war; codicillo hieß jeder Anhang, jeder Zusatz oder Modifikation des Ersten; s. das Werk: Venezia e le sue lagune. Venezia 1847. Vol. 1. p. 308.

51) Mein Privatrecht §. 373.

52) Mein Privatrecht §. 373 Not. 16—18.

ihm ihren nächsten Vertreter hat, daß, wenn man die Gewalt fortdauern lassen wollte, der häusliche Friede durch die Einmischung eines Dritten empfindlich leiden könnte und daß durch die Ehe hinreichend ein Ereigniß begründet wird, an dessen Eintreten auch der Austritt aus der väterlichen Gewalt geknüpft werden kann. Bedenklicher dagegen ist nach der Erfahrung das System, das die Gewaltsentlassung bei abgesonderter Haushaltung annimmt; deßwegen bedenklich, weil weder die Wissenschaft [53]), noch die Landesgesetzgebungen [54]), noch eine feste Rechtsübung ein sicheres Erkennungszeichen aufstellen, welches darüber entscheidet, ob der Sohn als der Gewalt entlassen gilt, z. B. bei dem Sohne, der als Faktor in einer Fabrik angestellt ist, bei einem Staatsbeamten, wo jedoch das Amt nicht so einträglich ist, daß es den Sohn völlig nährt, bei dem Offiziere [55]). Auf diese Art kann leicht ein Bürger, der mit einem Manne, dessen Vater noch lebt, Geschäfte eingeht, Gefahr laufen, daß sein Geschäft nicht als gültig erklärt wird; die äußere Stellung desjenigen, mit dem er das Geschäft schloß, z. B. seine Anstellung als Forstmeister, sein Beruf als erster Werkführer in einer Fabrik berechtigt den Vertragschließenden, seinen Mitcontrahenten für selbstständig zu halten, und dennoch wird er getäuscht, weil sich bei genauerer Prüfung ergibt, daß keine selbstständige Haushaltung vorliegt. Am zweckmäßigsten ist daher jenes System, welches (wie das französische) an das äußere unzweideutige Erkennungszeichen der Großjährigkeit auch die Beendigung der väterlichen Gewalt knüpft. Zwar kann der Uebelstand eintreten [56]), daß ein junger Mann, der

53) Man vergleiche z. B. die Ansichten von Weiske, Abh. aus dem deutschen Rechte Nr. 3 mit Gründler, Polemik III. S. 68.

54) Nachweisungen in meinem Privatrecht §. 373.

55) In Preußen gilt nicht der Lieutenant, sondern erst der Hauptmann als gewaltentlassen.

56) Gute Verhandlungen in Bornemann, preuß. Civilrecht. V. S. 331—337.

weder moralisch selbstständig ist, noch Vermögen, noch Willen, sich selbstständig zu ernähren hat, dann mit dem Augenblick der Großjährigkeit seinem Vater als ein Gewaltentlassener gegenübersteht, und unartig dem Vater gegenüber auf seine formelle, der Sache nach aber nicht vorhandene Selbstständigkeit pocht, dennoch verdient das System Billigung, weil es in den meisten Fällen dem Bedürfnisse entspricht, und die entgegengesetzten Fälle so selten sind, daß sie keine Beachtung verdienen.

(Beschluß im nächsten Hefte.)